Lima, marzo de 2008 - Año 6
Revista de Actualidad Jurídica

enfoque DERECHO 70

punto de vista Las campañas primarias en EE. UU. alcanzan momento decisivo. William W. Monning / A los estudios de abogados que hacen Pro bono... o a los profesores de derecho procesal que quieran innovar un poco. Fernando Del Mastro Puccio **enfocados** Una dosis de realidad para la enseñanza del Derecho. Entrevista a Giovanni Priori Posada e Yvan Montoya Vivanco **de reojo** Tercio superior. Javier Sota Nadal **zoom** Las oportunidades del APEC para el Perú. Alfredo Ferrero Diez Canseco



Una Publicación de THEMIS

www.enfoquederecho.com

Jugando a ser Dios: la creación de vida sintética

El pasado 25 de enero, científicos del Instituto Craig Venter en Rockville (EE. UU.), anunciaron la creación del mayor genoma artificial de un ser vivo, el de la bacteria patógena *Mycoplasma genitalium*. Con 582 970 pares de bases, 485 genes en un solo cromosoma, es el genoma más simple de los que podría tener un ser vivo capaz de reproducirse de forma independiente. Se trata de la mayor estructura de ADN fabricada hasta ahora por el ser humano.

La creación del primer genoma sintético es una gran hazaña tecnológica y un enorme paso en la consecución de nuevas formas de vida, pero la nueva molécula artificial carece aún de lo más importante: actividad biológica. Una clonación se lleva a cabo quitando el núcleo de una célula y trasplantándolo a otra célula. En el presente caso se ha creado un ADN artificial y se busca trasplantarlo dentro de una célula, pero ese es el paso que falta. Este equipo de científicos ha sintetizado ese genoma para poder modificar las características de un organismo, pero lo que no han hecho todavía es trasplantar ese genoma en una célula y ver que el genoma está bien y funciona. Esencialmente, esto significa arrebatar el cuerpo de una forma de vida e invadirlo con un nuevo código genético, lo cual es una herramienta vital para probar los cromosomas artificiales o el ADN que proyectan crear.

En experimentos llevados a cabo el año pasado, el cromosoma nativo de una especie diferente fue insertado a través de la membrana externa de una célula huésped, perteneciente a otra especie. Después de varios días de crecimiento y división celular, observaron que el cromosoma original de la célula había desaparecido y obtuvieron luego, células que contenían solamente el cromosoma trasplantado.

El objetivo de la investigación es poner en marcha un "proyecto de genoma mínimo", basado en el *Mycoplasma genitalium* (porque éste tiene uno de los genomas más pequeños que se conozcan), para ver qué genes son esenciales para la vida y cuáles son superfluos. El propósito es obtener una célula donde cada gen fuese absolutamente esencial, de modo que no resultara posible mutar ninguno de los genes sin destruir la célula. A partir de esta base de genes esenciales, los científicos quieren diseñar un genoma artificial que contenga conjuntos de genes extra, a fin de crear formas de vida artificiales capaces de desarrollar tareas útiles, por ejemplo crear biocombustibles como el hidrógeno puro, que es una de las fuentes de energía más limpias o degradar la basura tóxica o absorbiendo dióxido de carbono de la atmósfera, etc.

Los científicos destacaron que los organismos que sean creados no serían capaces de infectar a otros organismos, especialmente a seres humanos, ni de sobrevivir fuera de su ámbito de acción, porque su ADN incluiría mecanismos de autodestrucción. Por supuesto, estas técnicas, en manos de personas poco éticas, podrían dar lugar a la fabricación de armas biológicas nunca antes vistas y una falla en la seguridad de los laboratorios que realizan estos experimentos podría ocasionar un desastre ecológico.

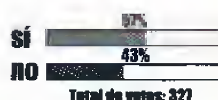
Si se llegara a crear vida artificial con genomas sintéticos, modificados a gusto del ser humano en organismos unicelulares como el *Mycoplasma genitalium*, se abriría la puerta a futuras investigaciones para lograr modificar el genoma de organismos mucho más complejos, entre ellos, por supuesto, el de los seres humanos. Con ello, se desatarían una serie de debates bioéticos sobre la conveniencia o pertinencia de la realización de dichos experimentos, del mismo modo a los que se dieron tras el anuncio de la clonación de la oveja *Dolly* en 1996.

Mientras tanto, los que realizan este proyecto dicen no sentirse preocupados, pues no conocen de ningún área de la ciencia moderna que haya empezado sin las discusiones éticas previas al primer experimento. Los esfuerzos de este laboratorio están puestos en patentar esta técnica, aunque los entendidos en la materia señalan que si esto sucede se puede restringir los avances de la ciencia.

EL DIRECTOR

Resultados de la encuesta anterior

¿Está de acuerdo con que deba haber un incremento en los sueldos de la administración pública como consecuencia de la bonanza económica que presenta el país?



Encuesta

Siente usted que la caída del dólar:

a) Le beneficia ☐ b) Le perjudica ☐ c) Le es indiferente ☐

vote en: **www.enfoquederecho.com**

enfoque
DERECHO | nº 78

sumario

enfoque
DERECHO | Nº 10

Punto de Vista

A los estudios de abogados que hacen Pro bono... o a los profesores de derecho procesal que quieran innovar un poco

Fernando Del Mastro Puccio

Hace unos meses fue publicada la Resolución Administrativa No. 184-2007-CE-PJ. A través de esta disposición, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso la gratuidad del servicio de consulta de expedientes a través de la página web del Poder Judicial.

¿Cuál es la relación entre esta noticia y los estudios de abogados que hacen Pro bono? Que estos pueden ayudar a que la consulta de expedientes se convierta en un medio efectivo para que la población que no tiene acceso a abogados de calidad pueda fiscalizarlos y salir de su constante estado de incertidumbre al saber en qué situación se encuentra su proceso.

Lo que ocurre en la actualidad es que muchas personas pobres no pueden contratar abogados de calidad, se tienen que conformar con los servicios de los abogados que en la mayoría de las oportunidades los engañan y les mienten para cobrar más o simplemente para ocultar su falta de diligencia. Frente a ellos, estas personas no saben en qué estado está su proceso, viven en la incertidumbre, en un constante cambio de fechas y desembolsando dinero día a día para tasas y cédulas de notificación que sirven para actos procesales o diligencias que probablemente nunca se realicen. En ese contexto, no les queda más que confiar en esos abogados, perder plata y tiempo que ciertamente no les sobra, pero sobre todo perder la posibilidad de tener tranquilidad.

Si estas personas pudieran entrar a la página del Poder Judicial, mirar a la derecha, hacer clic en "consulta de expedientes", ingresar su número y entender lo que dice la web, podrían también fiscalizar a su abogado, descubrir sus mentiras, eventualmente denunciarlos ante el colegio de abogados correspondiente y, ciertamente, despedirlos.

El problema es que no pueden. La información es presentada para abogados y de forma poco accesible. Una persona no familiarizada con el lenguaje judicial no puede entender lo que está leyendo y queda sometida a la lectura de su abogado que no necesariamente es "la correcta".

Y allí es donde pueden entrar a tallar los estudios de abogados a través del Pro bono. Por mencionar algunos ejemplos: i) pueden elaborar un glosario en el que cada etapa procesal este descrita en términos sencillos, accesibles para la gente que no tiene conocimientos legales, de modo que puedan leer el estado de su expediente con la ayuda de dicho glosario, ii) pueden reformular la presentación actual de la información relativa al expediente, de modo que sea más clara y, por ejemplo, exista un rubro fácilmente identificable en el que figure el estado del expediente, otro en el que se describan los próximos pasos a seguir, otro en el que figure el tiempo estimado para la conclusión del proceso u otro en el que figure el trámite para interponer una queja contra su abogado, iii) pueden elaborar un manual de difusión general en las zonas pobres de Lima en el que se explique fácilmente cómo acceder al servicio del Poder Judicial, iv) se puede coordinar con el Poder Judicial y algunos medios de comunicación para difundir dicha información de modo masivo, entre otros. Todas estas propuestas podrían enviarse al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para que adopte las medidas del caso.

¿Y qué pueden hacer los profesores de derecho procesal? Podrían dejar la elaboración del glosario o del manual como un trabajo calificado para tener puntos extras o incluso como uno que tenga un porcentaje de la nota final. El mejor glosario, luego de ser revisado por el profesor, podría presentarse al Poder Judicial. Es cuestión de querer innovar un poco y de ponerse a pensar cuando nos llegan noticias como esta.

Desenfocados



Las campañas primarias en EE. UU. alcanzan momento decisivo

William W. Monning

Los senadores Hillary Clinton, Barack Obama, y John McCain se mantienen como los últimos contendientes para la elección presidencial de los Estados Unidos de 2008. Las victorias primarias de Hillary Clinton en Texas y Ohio garantizan que la lucha por la candidatura del Partido Demócrata continuará, por lo menos hasta la próxima gran elección primaria a realizarse en el estado de Pensilvania.

El actual proceso de elecciones primarias presidenciales consiste en un proceso de elecciones acompañadas de reuniones partidarias organizadas en cada estado. Los candidatos compiten por obtener la candidatura de su partido y el derecho a representarlos en las elecciones generales a realizarse en noviembre de 2008. Los candidatos ganan "delegados" en cada estado donde consiguen una victoria, o un grupo de delegados cuyo número se basa en el porcentaje de votos obtenidos.

Debido a que el presidente George W. Bush está completando su segundo periodo como presidente (siendo cada uno de cuatro años), él no puede ser candidato en las actuales elecciones. La elección presidencial de noviembre de 2008, es la primera en un periodo de 50 años, en la que no se encuentra en las votaciones generales a algún presidente o vicepresidente actual.

Por el lado Republicano, el senador John McCain, antiguo prisionero de la Guerra de Vietnam y ex piloto de la Marina, se ha asegurado la candidatura por el Partido Republicano. Luego de un comienzo tembloroso, McCain ha emergido como el candidato del partido luego de una serie de victorias y el respaldo por parte del Gobernador Huckabee quien se retiro de la carrera luego que McCain ganara en Texas, Ohio, Vermont, Maine, y Rhode Island.

Por la carrera del partido demócrata, los dos contendientes restantes son el por primera vez senador Barack Obama y la ex Primera Dama de la Nación y Senadora por segundo periodo, Hillary Clinton.

Barack Obama ha logrado un ascenso meteórico luego de una serie de doce victorias en las elecciones primarias. Su campaña ha alcanzado a jóvenes y ha movilizado amplios sectores formados por votantes poco frecuentes y nuevos votantes. Su mensaje de esperanza y cambio ha catalizado una nueva generación de votantes y una impresionante organización de una campaña de base.

Hilary Clinton ha sido la candidata favorita para asegurar la candidatura del Partido Demócrata. Su cuidadoso posicionamiento como una demócrata de centro y el hecho que el ex presidente Bill Clinton sea su esposo y su más cercano asesor de campaña y estratega, ha impulsado a un importante núcleo de demócratas y mujeres votantes.

Los temas claves de las elecciones primarias incluyeron a las guerras en Irak y Afganistán, la seguridad nacional, la economía y la reforma nacional de salud. Barack Obama está a favor un retiro rápido de Iraq y se opuso desde un primer momento al voto que autorizó el inicio de la guerra en Irak. Hillary Clinton también está a favor del retiro de las tropas americanas, pero votó a favor de la autorización que le permitió al Presidente Bush invadir Irak Por el contrario, el Senador McCain ha señalado que él mantendrá las tropas en Iraq por "100 años si ese es el tiempo que les toma ganar".

Los votos de los delegados necesarios para asegurar la candidatura del partido antes de la Convención Nacional Democrática a realizarse en Denver y Colorado en agosto, han sido esquivos para ambos candidatos. Sin embargo, con los resultados de las elecciones primarias realizadas el martes 4 de marzo, parece que la batalla continuará entre Obama y Clinton, quizás durante todo el camino hasta la Convención Nacional Democrática.

Si el resultado de los delegados se mantiene sin decidirse para ambos candidatos, antes de la realización de la referida convención nacional, un grupo de "super delegados", los delegados que han votado en el proceso de nominación porque tienen una posición electoral o por su estatus de oficial del partido, pueden ser convocados a determinar la candidatura.

Los candidatos presidenciales empezaron sus campañas hace más de un año Las elecciones generales en noviembre son todavía en 8 meses. Los candidatos han roto todos los records en la recaudación de fondos y gastos. Existen reportes recientes de gastos que indican que tanto Clinton como Obama están gastando un millón de dólares diarios.

Sin importar la elección final del candidato democrática, la elección general de noviembre promete una gran asiduidad de votantes y un decisivo voto por el futuro de los Estados Unidos tanto en sus políticas externas como internas.

Representación congresal en pañales

Carla Rizo-Patrón Labarthe

El paro de 48 horas convocado por sindicalistas, autoridades locales, obreros y albañiles reunió en las calles a más de 20 mil cuzqueños solicitando la derogatoria de las Leyes No. 29164 -Ley de Promoción del Desarrollo Sostenible de Servicios Turísticos en los Bienes Inmuebles Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación- y No. 29167 -Ley de Procedimiento Especial y Transitorio para las Licencias de Edificación, Ampliación o Remodelación de Establecimientos de Hospedaje-. La protesta causó enfrentamientos con la policía, la paralización de comercios y de medios de transportes -incluido Perurail, que es el único medio para transportar a los turistas desde Cusco a Machu Picchu-, la cancelación de más de 40 vuelos, bloqueos de carreteras y como si fuera poco, la mala imagen del Perú frente a miles de turistas que se vieron directamente afectados.

Cuando ocurren situaciones como las descritas, se suscita en la opinión pública una serie de interrogantes, como por ejemplo, ¿por qué la situación llegó a tales extremos?, o ¿qué mecanismos existen para evitar que situaciones semejantes se vuelvan a repetir? En este caso en particular, la representación congresal juega un rol trascendental, al ser los congresistas los encargados de canalizar de manera institucionalizada los intereses de las regiones y conciliarlos con las políticas de carácter nacional. Recordemos que el 27 de diciembre del 2000, luego de la caída del gobierno de Alberto Fujimori, el Congreso de la República aprobó el sistema de Distrito Electoral Múltiple para las elecciones parlamentarias en los comicios de abril de 2001. Este sistema tiene como finalidad otorgar al congreso un carácter más representativo en todo el territorio nacional con el objeto de revertir el centralismo político y acercar la institución parlamentaria a los distintos escenarios regionales.

Bajo ese escenario, cinco congresistas fueron elegidos para representar a la Región Cuzco en las elecciones del 2006. No obstante, ninguno de ellos pudo informar a la población de la existencia del proyecto de ley -el cual se encuentra publicado en la pagina web del congreso desde el 2006-, buscar el debate público ni canalizar a tiempo la opinión de los cuzqueños. Lo que sí hicieron, amparados bajo su dudoso concepto de representación, fue participar de la protesta. Cabe mencionar que hasta los cuzqueños los rechazaron tajantemente.

Cuando las convergencias entre los intereses nacionales y subregionales no son conciliados oportunamente por las autoridades, se crea en la región un clima de incertidumbre y descontento acompañado muchas veces de la idea de desafiar al gobierno central. Este ambiente es propicio para que aquellos desadaptados decididos a liderar la protesta, tengan la oportunidad de hacerlo y desestabilizar el Estado de Derecho. El mensaje es simple: si los congresistas no pueden representar los intereses de las regiones, otras figuras radicales lo harán.

Por esta razón y por muchas otras, la representación congresal juega un rol trascendental en países como el nuestro, donde se conjuga un Estado único e indivisible, con una pluralidad de culturas e idiosincrasias. En la medida que nuestro sistema no prevea una participación activa de los Presidentes Regionales en las decisiones de políticas de carácter nacional o en el Congreso de la República, es el sistema de Distrito Electoral Múltiple el que nos puede garantizar políticas inclusivas y concertadas. En ese sentido, el dialogo -como siempre- juega un rol preponderante.

Tercio superior



Javier Sota Nadal

Ex Ministro de Educación

La invitación para escribir este artículo llega tarde para argumentar sobre la decisión del Ejecutivo de pertenecer al Tercio Superior como condición necesaria, para acceder a una plaza de contratado en la Escuela Pública. Todo está dicho y hecho. Se me entrevistó el 14 de febrero en un diario de circulación nacional y en Radio Nacional. Dije lo que el sentido común nos aconsejó a todos, menos al gobierno: no existe fundamento racional alguno para que este mito urbano (Tercio Superior) sea usado como condición *sine qua non* para ejercer una profesión, menos aun la de maestro.

Hagamos un resumen del último capítulo. El 19 de febrero los diarios informaban que el Ejecutivo se reuniría con algunos Presidentes Regionales para tratar, entre otros puntos, el controvertido asunto, aunque en verdad el resto era relleno. Al momento de la reunión, que debió haberse producido antes de la gestación de la, mal dada, norma, el debate había avanzado más que suficiente para dejar en claro que el Gobierno se había quedado solo y tenía que negociar. Hoy, miércoles 21 de febrero, que escribo estas líneas, los dialogantes han arribado a un puerto distinto al de sus deseos previos: Ni las ordenanzas regionales ni la norma del Ministerio se aplicarán este año. ESAN administrará un concurso público que incluirá también a los postulantes a contratos en la Escuela Pública, sin que estos sean obligados a acreditar o jurar que pertenecen al Tercio Superior. Fin de esta comedia de equivocaciones. Si no fuera porque los medios se han ocupado extensamente de la educación en general a raíz de este asunto (cosa buena), diría que se ha perdido tiempo y dinero del Estado para nada.

No está en duda, para mí al menos, la voluntad del actual Ministro de proponer políticas para mejorar la calidad educativa; pero con lo ocurrido, sí preocupa el funcionamiento del mecanismo de gestación de políticas en el sector Educación. De ahí que, pasados los hechos, queda un tema que me da vueltas por la cabeza: ¿Cómo deberían ser los mecanismos de decisión en el Perú? País que aspira a ser democrático y moderno, para que las políticas públicas que diseñan las personas que asumen transitoriamente altas responsabilidades, lo hagan con un porcentaje aceptable de calidad, digamos dentro del tercio superior de pertinencia y eficacia de gobierno.

Para comenzar, los cargos por elección nacen relativamente blindados. Los elegidos pueden hacer y decir lo que les venga en gana, salvo que violen flagrantemente la ley, como pagar a fantasmas con dinero del Estado o dispongan el allanamiento, si ser jueces, de un domicilio privado.

La administración del Estado intenta ser racional. El mecanismo concreto, comprende tres momentos consecutivos: (1) Propuesta, (2) Realización y (3) Control.

Propuesta: El gobierno de Turno, sea Nacional o Regional, tiene la capacidad y el derecho de proponer políticas públicas. En la práctica, esta capacidad está denotada por el contexto objetivo en el cual se inscribirá la nueva política. No podía ser de otra manera. En un Estado democrático el Gobierno está acotado tanto en sus responsabilidades como en el tiempo. El Perú ha superado su etapa fundacional, su grado cero de existencia. Lo estamos construyendo. No se inventa día a día en noticiero televisivo o portada periodística. El Estado es continuidad en un proceso histórico de formación que superará varios períodos de gobierno. Por tales razones, la capacidad y derecho de propuesta de un gobierno democrático debe fluir a través de procesos y mecanismos racionales que lo decantan y afinan. Existe un mecanismo en el sector educación. Posee actores concretos especializados que deben ser convocados y consultados: De la sociedad civil (Ejemplo, Foro Educativo), otros mixtos (Ejemplo, Consejo Nacional de Educación) y otros Estatales (Ejemplo, las Direcciones Nacionales o Regionales del Sector Educación así como los Colegios y Escuelas Públicas y Privadas del país). Pienso que la consulta a la que aludo, no es gracia ni buenas maneras democráticas del gobernante de turno, es su obligación. Si así no fuera, ¿Por qué entonces el Estado paga burocracia o invita a pensar a especialistas de consejos consultivos? Mejor sería que los licencie, así los gastos administrativos bajarían considerablemente, liberando la conciencia de nuestros gobernantes, para que en su condición de sabios repentinos para todo, en charlas de café, con amigos todo terreno muy ocurrentes, decidan lo que se debe hacer cada día en los Sectores, por ejemplo en el Sector Educación.

Realización: Del dicho al hecho hay mucho trecho, eso quiere decir que del título de la novela a la palabra "fin", hay una carpintería compleja. A los políticos les es otorgado el poder de priorizar temas; es decir, poner el título o lo que es lo mismo proponer acciones dentro de un orden de diagnóstico dado. No se los elige para que inventen diagnósticos ni menos para que ejecuten acciones. Dios nos libre de exigirle al Ministro de Salud que calcule las estructuras de los Hospitales que se construirán en el área del terremoto. En este tema de la realización, creo que el asunto de competencias es más claro. La realización de un programa sectorial es responsabilidad exclusiva de los sistemas técnico administrativos. Sin embargo, cabe la acotación que si el iluminismo decidiera, por ejemplo, trasladar el Misti a Lima porque los arequipeños no lo merecen, al administrativo, que generalmente sabe de qué se trata, sólo le quedan dos opciones: renuncia, lo que es injusto y muy raro, o mejor, espera ver pasar con sonrisa mal disimulada, desde su escritorio, el cadáver del Tercio Superior.

Control: No encuentro el verso, pero si existe, Vallejo compone algo así: Se tiene más confianza en el anteojo que en el ojo. Es la "chamba" de la Contraloría y CONSUCODE. Las más de las veces, interesa más a los controladores que la decisión haya discurrido por los causes burocráticos adecuados, que comprobar si el Misti ha sido trasladado a Lima. Bromas aparte, quienes hemos pasado por la Administración Pública, tenemos sentimientos encontrados frente a estas importantes instituciones del Estado. De un lado la seguridad y confianza, al saber que todos los funcionarios, incluido el Ministro, son pasibles de observación y control para que se porten bien; y de otro, molestia, porque a veces, los controladores no conocen la ciencia ni el contexto de las obras sin que por ello pierdan la vista para encontrar hallazgos allí donde no hay nada y también, a parte de ellos, suele interesarles más el anteojo (papeles) bien puesto que la bella visión de una obra bien realizada.

Una dosis de realidad par

¿En qué se parecen una Facultad de Medicina y que se enseña en Derecho con la manera en la q la Universidad Católica intenta responder esta alumnos estarán de cara al problema y tend argumentativas. ***Enfoque Derecho*** *conversó es tendrán a su cargo el dictado del curso.*

Entrevista a

Giovanni Priori Posada
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Sistema Jurídico Romanístico, Universidad de Roma Tor Vergata.

Yvan Montoya Vivanco
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Doctor en Derechos Humanos y Derecho Penal, Universidad de Salamanca.

Por: Miguel Morachimo y Viviana Gálvez

¿Cómo surge el interés de la Facultad de Derecho por implementar la Enseñanza Clínica del Derecho?

Yvan Montoya (YM): La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho ya tiene un tiempo trabajando, pero no como curso sino como actividad extra curricular desde 1999 aproximadamente. Está conformada por un grupo de alumnos y ex alumnos, quienes llevan algunos expedientes. Se llevan casos como el de la discriminación en las discotecas, por ejemplo, que fue bastante sonado. Esto, a partir de una red latinoamericana de otras clínicas jurídicas instaladas en universidades en Chile, Argentina y que recientemente se ha ampliado a otros sitios. Luego, desde hace un año y medio aproximadamente, se decidió incorporar la experiencia que se tenía ya en las clínicas jurídicas a través de un curso electivo, a efectos de reproducir la metodología seguida en esta actividad extra curricular. Este es el curso que se empezará a dictar este ciclo.

¿Es la Universidad Católica la única que cuenta con un espacio de este tipo?

YM: Cuando se inició la corriente de instalación de clínicas jurídicas a nivel latinoamericano, en el Perú la Universidad Católica fue la primera y aún la continua. Asimismo, en la Universidad de San Agustín de Arequipa (UNSA) se instaló una clínica que, con algunos altibajos, ahora ha vuelto a retomar sus actividades y en la actualidad tenemos un proyecto de instalación o capacitación de seguimiento de clínicas jurídicas en Arequipa con la UNSA, pero también en Puno y Ayacucho. En Puno, con la Universidad del Altiplano, donde recién se está iniciando la experiencia, osea se está empezando en capacitar en las nociones preliminares, qué es una acción de interés público, qué es una clínica jurídica. En Ayacucho se está haciendo lo mismo en la Universidad San Cristóbal de Huamanga.

¿Cómo se aborda la enseñanza del Derecho en el método clínico?

Giovanni Priori (GP): Esta es una experiencia que viene de antes, pero como una actividad extra curricular. La Facultad de Derecho decidió incorporar como un curso el semestre pasado. Justamente, por esta revisión que existe de manera integral a todo el plan de estudio y por querer incorporar la metodología de la enseñanza del Derecho para que los estudiantes salgan mucho mejor más preparados, no solamente en ámbitos de conocimiento sino también de competencias. Entonces, el método clínico lo que hace es potenciar tanto el conocimiento de los estudiantes como la competencias propias para un buen abogado. Así, se parte de la selección de casos reales. A diferencia de lo que podría ser la experiencia de PROSODE, estos casos no son vistos necesariamente con el ánimo de colaborar con las personas que no tienen recursos y ayudarlas, sino que se toman casos de impacto social que tengan que ver con el interés público como pudo ser el caso de las discotecas. Entonces, parte del trabajo que se hace en el curso es elegir con los estudiantes qué casos son aquellos que nosotros consideramos que son relevantes y que justifica que sean llevados a la clínica. Se escogen los casos y, luego, con los estudiantes se comienza a trabajar los casos en la estrategia y en el seguimiento de estos casos. Es como si fuera un pequeño estudio jurídico con practicantes. Es importante saber que no solamente se llevan procesos sino también se puede intervenir en los procesos con alguna opinión, que es lo que se llama el *amicus curio*, o también diseño de estrategias para colaborar con la *expertise* la Clínica a determinadas instituciones que también ven casos de interés público.

Esta iniciativa, junto a la que llevó a la creación del curso de Destrezas Legales y, años atrás, a la implementación del método socrático y la evaluación permanente demuestra una constante actividad por parte de las autoridades académicas de la Facultad. En esta perspectiva, ¿qué concepción del Derecho se quiere enseñar y cómo proyectan a los egresados?

GP: Hace aproximadamente año y medio, el Consejo de Facultad decidió someter a revisión todo el Plan de Estudio de la Facultad. Para ello, designó una Comisión que es la del Plan de Estudio (en adelante, "CPE") presidida por el Dr. Javier de Belaúnde e integrada por el Decano, la Jefa de Departamento Académico, el Director de Estudios, el Dr. Jorge Danós, la Dra. Beatriz Boza, quien habla, dos alumnos, y como asesores el Dr. Jorge Avendaño y el Dr. Marcial Rubio, además del apoyo de cuatro personas de asuntos académicos de la Universidad. Esta CPE trabaja hace dos años justamente en la revisión de todo el Plan y la primera cuestión que se planteó fue la siguiente: no podemos revisar el plan de estudios ni hacer uno nuevo ni proponer, si no sabemos qué estudiante es el que nosotros queremos sacar. Si no tenemos idea de cuál es el estudiante que nosotros queremos sacar, que es el egresado, mal haríamos nosotros en revisar el plan de estudio sin tener claro cuál es el Norte. Esa es la razón por la cual la CPE realizó una labor muy ardua con financiamiento del Rectorado, incluso, para poder establecer el perfil del egresado de la facultad de Derecho. Hacerlo tomó un año, donde se hicieron encuestas a académicos, a expertos en educación superior, a empleadores de los distintos ámbitos de la actividad privada, de la actividad pública, de las ONGs, del mundo académico. Se trabajó con los coordinadores de área, se convocó a mucha gente de la universidad, de la facultad, y fuera de la universidad y facultad, para poder establecer el perfil. Este perfil ha sido aprobado por el Consejo de Facultad en octubre del año pasado y hoy es público porque está colgado en la página web. Entonces, ahí se establece cuáles son las características que la Facultad de Derecho tiene para su egresado. Estas características son tanto en el ámbito de los valores, en el ámbito de las competencias, en el ámbito de los conocimientos, y en el ámbito de las habilidades profesionales. Son cuatro grandes rubros donde se establecen una serie de categorías de cuáles son los requisitos que debería tener nuestro egresado. Una vez que se tiene ese Norte, recién se está procediendo ya a la revisión de nuestro plan de estudios actual, para ver cuán lejos estamos, o cuán cerca estamos de ese perfil y luego de ello establecer los cambios que hayan que establecer para poder cumplirlo.

En el mundo altamente mercantilizado de la práctica legal, ¿cuán importante es juntar a un grupo de estudiantes y hacer que participen de la defensa de una causa de interés público? ¿Hay un trasfondo ético para con la sociedad?

YM: El curso va en consonancia ya con ese perfil por varias razones. La clínica, en primer lugar, comparte con PROSODE y otras actividades semejantes el hecho de su compromiso con su entorno social, con la realidad y los problemas que ella tiene. Sin embargo, no se limita únicamente a proveer asistencia legal a los sectores más desfavorecidos. Sin embargo, uno de sus objetivos centrales es apostar por acciones de interés público en los que, al menos intenta, sobre quienes va a repercutir esas acciones sean una pluralidad de personas o se siente un precedente en el cual tenga un impacto mayor y, sobre todo, de personas o grupos de personas vinculadas a grupos vulnerables como se deja claro en el sílabo. Me refiero a casos de discriminación, casos de contaminación medio ambiental, algunos casos de vulneración a los Derechos Humanos, acceso a la información, temas de esa índole. Entonces, hay un tema, primero, de vinculación del estudiante con valores y opciones de derechos



la enseñanza del Derecho

cultad de Derecho? ¿Es coherente la forma en la ste se ejerce día a día? La Facultad de Derecho de eguntas a través de un nuevo curso, en el que los que poner a prueba sus capacidades críticas y es con Giovanni Priori e Yvan Montoya, quienes



fundamentales e intereses constitucionales a proteger. Dos, el método mismo promueve o potencia las competencias del estudiante en cuanto a futuro eventual abogado y también sus habilidades porque, y esa es una herramienta fundamental, la clínica sitúa al alumno en un contexto de un Estado Constitucional en el que las herramientas de litigio son mucho más ricas que las del simple texto legal que podríamos tener de por medio. Entonces, creo que va en consonancia con ese perfil, y de alguna manera, no quiero decir que se opone a un abogado egresado con perspectivas mercantilistas, pero creo que complementa y enriquece su dimensión de compromiso social.

¿Qué aptitudes plantea proponer el curso para el estudiante?

GP: Primero, que es un curso fundamentalmente orientado al tema de desarrollo de competencias y habilidades, por eso es un curso orientado a estudiantes de últimos semestres. Lo que se va a establecer son actividades, competencias de argumentación, interpretación, litigación estratégica, la argumentación a partir de los valores y principios constitucionales. Uno piensa, y trato de unirlo con tu pregunta anterior, que el abogado de derecho mercantil ve mercantil, el abogado de derecho penal ve solo penal, el abogado de derecho civil ve solo civil, pero hay un conjunto de valores propios a nuestro sistema de los cuales ni el que ve mercantil ni penal ni civil ni procesal ni nada puede olvidar. Entonces, todas estas competencias lo que hacen es vincular, precisamente, las distintas ramas del Derecho a esos valores y principios constitucionales a través de la argumentación, litigación estratégica.

Muchos de los promotores del método clínico de enseñanza partían de definir al sistema tradicional de enseñanza como insuficiente. ¿Comparte esta visión?

GP: Creo que primero tendríamos que definir cuál es el modelo tradicional de enseñanza, me imagino que es el meramente expositivo. Bueno, cierto. Es un método que asume que el profesor lo sabe todo y que los alumnos no tienen nada que aportar. Asume que los alumnos no están en capacidad de aprender de sus compañeros y asume una educación en conocimientos, mas no en habilidades ni competencias. Entonces, cualquier método que suponga la anulación completa de la participación del estudiante en su proceso de aprendizaje, en lo personal, creo que es un método insuficiente. Y creo que en el método clínico, precisamente, es un método donde el estudiante es el principal responsable de su educación, o sea los profesores son guías, colaboradores del estudiante en este proceso de su formación.

Y con respecto al método socrático que se viene desarrollando en la universidad, ¿podría hacer una comparación con el método de la clínica jurídica?

GP: Es distinto. Porque el método socrático, porque además puede tener distintas manifestaciones, es un método que potencia principalmente el conocimiento, está pensado fundamentalmente para la formación en conocimientos. La clínica va más al lado de habilidades y destrezas. Presupone los conocimientos y se van a dar también algunos contenidos pero que van a complementar lo que el estudiante tiene.

YM: Y, probablemente, los casos, como no son casos cualquiera, porque está el proceso de selección, son casos que van a tener un cierto grado de complejidad, un caso de dificultad, van a desafiar al propio alumno en sus conceptos, en las categorías que ha estudiado, algunas más tradicionales, otras menos, lo va a desafiar no solo para aplicarlas sino para reformularlas o enriquecerlas, creo que eso es muy importante.

GP: Se espera del alumno una aproximación crítica a lo que ya vio. Se va a dar cuenta de que en los casos que se van a tratar, lo que aprendió puede ser insuficiente, entonces se le va a exigir ser creativo, ser muy crítico a lo que ya vio.

Para alcanzar mayor efectividad en sus acciones, muchas clínicas jurídicas han desarrollado un trabajo en red junto a otros organismos o fundaciones. ¿Existen planes de este tipo en la clínica jurídica de la PUCP?

YM: Sí, la Clínica, ya desde antes de que fuese un curso, ya tenía relaciones y mantiene relaciones con otras organizaciones, algunas son organizaciones no gubernamentales. La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, por ejemplo, tuvo alguna vez un convenio con ella. Con la Defensoría del Pueblo también se tuvo alguna vez un convenio. Hoy estamos en conversaciones con el Instituto Prensa y Sociedad sobre temas vinculados con el acceso a la información. Es decir, la clínica no puede prescindir de ese tipo de relaciones con otras instituciones privadas o públicas que potencien su trabajo o a las cuales, la nuestra colabore.

GP: Sin perjuicio, además de las relaciones que se tiene con otras clínicas que se mantiene, cada año hay una reunión entre clínicas latinoamericanas.

¿Tiene alguna repercusión en el método de enseñanza el hecho de que la clínica jurídica haya sido tomado del sistema anglosajón, donde la discrecionalidad y flexibilidad por parte de los tribunales es característica esencial, y se implemente en el sistema romano-germánico el cual es más rígido en estos aspectos?

GP: Muy interesante pregunta. Bueno, hay un lindo texto en el material del curso de Gustavo Zagrebelsky que se llama "El Derecho dúctil", en esta palabra creo que está toda la clave. Donde justamente desarrolla una idea de interpretación distinta a la que tradicionalmente tenemos para el sistema romano-germánico. Zagrebelsky dice: "tradicionalmente se ha tenido la idea de que la interpretación parte de la norma y desciende al caso. Sin embargo tenemos que comenzar a partir del caso y llegar al Derecho". Y vamos a ver que en los casos complejos, el caso va a desafiar al ordenamiento jurídico, lo va a desafiar tremendamente. Entonces, vamos a empezar a acudir a valores y a principios constitucionales de forma tal de que el caso encuentre aquella solución que satisfaga las necesidades de aquellos que están en el caso. Entonces, justamente, la incorporación de estos principios y valores constitucionales, en cualquier método de interpretación, la revisión de las instituciones tradicionales, o del propio derecho objetivo que resulta ser insuficiente para resolver muchos problemas de hoy, supone esta labor de interpretación, muy creativa, flexible, discrecional. Probablemente, una de las muy pocas sesiones, casi a nivel de conferencia, que vamos a tener en el curso, tiene que ver justamente con esto: cómo estamos en una situación en la cual estamos cambiando de paradigma, o sea de nuestro Estado de Derecho, tradicional, donde la norma lo tiene todo, lo dice todo, y partimos de ella, a un Estado Constitucional, que es un estado más bien de principios, de valores, donde la propia norma es sometida a crítica en cada labor, en cada ocasión en la que es necesario aplicarla para poder resolver un caso.

YM: Este nuevo paradigma sobre el cual vamos a partir en el trabajo clínico, efectivamente, hace que el Derecho, en esta concepción romano-germánica, se vaya aproximando también a las formas de concepción y de trabajo del derecho en el punto anglosajón. Yo no soy un experto en ello pero creo que el Derecho en ambas tradiciones se están aproximando. Probablemente tengamos nuestros matices y diferencias. La Clínica de Acciones de Interés Público va a tener probablemente, evidentemente un perfil propio, respecto de la forma como llevan el trabajo las clínicas anglosajonas. No podemos prescindir sustancialmente o totalmente de elementos doctrinales de la literatura, pero sin embargo, la jurisprudencia es cada vez más importante y va a ser tomada en cuenta. Creo que es valiosa la experiencia anglosajona, sin embargo, le vamos a incorporar los perfiles propios de nuestra tradición.

Las oportunidades del APEC para el Perú



Alfredo Ferrero Diez Canseco

Ex Ministro de Comercio Exterior

El foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) nace como un mecanismo orientado a favorecer el intercambio comercial, entendido como factor importante para el desarrollo de los países miembros del foro, así como para facilitar las inversiones y la cooperación económica y técnica. El APEC es la única agrupación intergubernamental de tal relevancia que actúa sobre la base de compromisos no vinculantes, diálogo abierto y respeto igualitario para los puntos de vista de todos sus miembros. A diferencia de otros, no es un tratado y sus decisiones se toman por consenso pero no constituyen obligaciones para sus participantes.

Al Perú le ha tocado ser este año sede de las reuniones más importantes del APEC, y por lo tanto, le corresponde presidir el evento. En total se realizarán 127 reuniones teniendo como anfitrión al Perú, y constituyendo cada una de ellas una oportunidad para el fortalecimiento de la imagen de nuestro país ante 21 de las más importantes economías del Asia Pacífico.

Son significantes las oportunidades que el APEC puede darle al Perú no sólo en materia de liberación comercial, sino también para tomar una posición de mayor importancia en el mundo, aprovechando la ventaja de ser el único miembro de la Comunidad Andina en este foro. Y es que, si bien son varios los países latinoamericanos aspirantes a ingresar al APEC, sólo Chile y México son parte, existiendo además una moratoria para el ingreso de nuevos miembros. Estas ventajas sumadas a la conveniente ubicación geográfica del Perú hacen posible que lleguemos a consolidarnos como el puente natural para el comercio y las inversiones entre Asia y Sudamérica.

Al ser organizadores de las reuniones del foro del APEC, debemos entender éstas como ocasiones que hay que aprovechar al máximo para promocionarnos como un muy buen destino para las inversiones, turismo y comercio. A manera de ejemplo tenemos la experiencia de Vietnam, el cual luego de ser sede de la cumbre del APEC en el 2006 y al haber dado a conocer sus potencialidades, fue testigo de un gran crecimiento en sus inversiones extranjeras. Se debe tomar en cuenta además que el 60% de los participantes son empresarios, y que el Consejo Consultivo Empresarial de APEC (ABAC), foro privado paralelo, está compuesto por las personas de negocios más importantes de las 21 economías miembro. Es así que uno de nuestros objetivos principales es la captación de capital extranjero mediante la promoción de las capacidades y oportunidades en el Perú. Con miras a este escenario es que se están lanzando campañas como Peru Now (lanzada por la CONFIEP) e Invest in Peru (de Pro Inversión), cuyos fines son promover proyectos de inversión y presentar al país como un atractivo campo para los negocios.

Así de importante es también considerar la posibilidad de emprender negociaciones de tratados para liberalizar el comercio con mercados a los que no habíamos prestado mucha atención, pero que constituyen el 49% del comercio internacional y el 56% del PBI global. De esta manera es como hemos suscrito un Protocolo de Cosecha Temprana con Tailandia (Cumbre de Corea - 2005), un Acuerdo con China y uno con Singapur para un Estudio Conjunto de Factibilidad para un TLC (Cumbre de Vietnam 2006), habiendo sido ya lanzadas oficialmente las negociaciones con China (Cumbre de Australia 2007) y hay una posibilidad también con Corea del Sur, entre otros. Nuestras exportaciones a los países miembros del APEC han pasado de US$ 3 709 a US$ 13 635 millones en los últimos años, reflejando la relevancia de conseguir acceso preferencial a estos mercados de primer nivel.

La Cumbre del APEC es ocasión además para el intercambio de opiniones y recomendaciones estratégicas para los asuntos de mayor preocupación en la región, y de valiosa información que nos permita identificar aquéllas áreas donde resulta necesario fomentar la presentación de proyectos para así explotar al máximo las oportunidades de cooperación técnica y económica que se desprendan del foro.

Por otro lado, si bien el APEC PERU 2008 nos ofrece oportunidades de gran magnitud, los desafíos no son mucho menores. A pesar de que la llegada de turistas al Perú provenientes de las economías del foro se ha incrementado en un 79% entre el 2002 y el 2007 y que este indicador se vería aumentado aún más durante este y los próximos años, lamentablemente nuestros hoteles no cuentan con la suficiente capacidad ni siquiera para albergar a las aproximadamente 5 mil personas que asistirán al APEC. Iniciativa y proyectos de construcción y ampliación de hoteles hay, pero trabas, como una tardía respuesta en el otorgamiento de permisos municipales, obstaculizarán la adecuada recepción de personas de muy alto nivel y capacidad de gasto. Como enfatizó la gerente general de la Sociedad de Hoteles del Perú, Tibisay Monsalve: "Tienen que tomar conciencia las autoridades para acelerar la inversión. En Países como Alemania se van a invertir este año US$ 3 000 millones sólo en hoteles. Aquí estamos hablando de US$ 100 millones y ponen trabas". Se suman a la lista de desafíos que debemos aliviar prontamente, la preparación de nuestro Aereopuerto Internacional Jorge Chávez y el ambiente de desconcierto creado por las llamadas "anticumbres" internacionales y los paros locales.

Con el APEC se espera que al año 2010 las economías miembro más desarrolladas disminuyan sus aranceles a cero y las menos desarrolladas como nosotros lleguemos a convertirnos para el 2020 en un gran mercado común. El pasado 19 de febrero comenzó la primera reunión de altos funcionarios (SOM I), la cual se extenderá hasta el 3 de marzo y en donde trazará la agenda de trabajo hasta la cumbre de líderes del 22 y 23 de noviembre. Sabemos que para conseguir los objetivos trazados debemos trabajar juntos a través del aprovechamiento de nuestros recursos y orientados siempre al comercio internacional, constituyendo el APEC un muy buen instrumento para el crecimiento económico y político del Perú. Así pues, el 2008 ha sido denominado como el "Año de las Cumbres Mundiales en Perú", y qué mejor ocasión para dejar de lado nuestra imagen de mendigos y presentarnos como una atractiva plataforma de oportunidades.

Tiempo es dinero

Huáscar Ezcurra Rivero
Analista invitado

El Tribunal del INDECOPI acaba de dar un mensaje muy claro a la Comisión, a los acreedores y a los liquidadores de empresas en crisis: tiempo es dinero. El criterio establecido mediante el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No. 0018-2008TDC-INDECOPI del 10 de enero de 2008 da ese mensaje de modo simple y claro. Si un crédito ha sido reconocido previamente por el INDECOPI, eso basta y sobra para que éste sea pagado inmediatamente por el Liquidador, independientemente de que el titular del crédito haya cambiado por una cesión de créditos. Lo único que deberá hacer el liquidador en este caso es confirmar que el crédito ya está reconocido previamente por el INDECOPI, y que quien lo reclama cuenta con los documentos que sustentan que es el legítimo nuevo titular por haberlo adquirido por cesión.

Con ello, el INDECOPI se ha puesto la camiseta de la liquidación en beneficio de los acreedores, y busca colaborar de modo efectivo con que las liquidaciones sean más céleres y cumplan de esa forma su finalidad de pagar ordenadamente a los acreedores hasta donde alcance y hacerlo rápido pues, sobretodo en una liquidación, tiempo es dinero.

La Comisión fue del criterio contrario. Dispuso que para que el crédito fuera pagado, el nuevo titular que lo adquiría por cesión debía necesariamente ir al INDECOPI para que su crédito fuera nuevamente reconocido, pero ahora obteniendo el reconocimiento a su favor, para recién luego poder intentar cobrar bien ante el liquidador. Evidentemente, lo que la Comisión estaba ordenando es que se haga el mismo trámite dos veces (o más), cual funcionario público de ventanilla de Ministerio que nos pide dos, tres o hasta cuatro veces, los mismos documentos que ya le entregamos tiempo atrás.

Es más, en el caso que motivó el criterio del Tribunal que comentamos (denuncia presentada contra la liquidadora Profesa en la liquidación de Galtex), la Comisión fue del criterio que había que sancionar a la liquidadora (Profesa) que pagó el crédito a nombre del nuevo titular que lo adquirió por cesión, a pesar que el crédito ya estaba previamente reconocido por esa misma Comisión, y que simplemente se trataba de una cesión de créditos. Así, la Comisión le puso dos UIT a Profesa por hacer su trabajo y facilitarle la vida a la Comisión que anda ahogada en procesos (sobretodo de reconocimiento de créditos laborales), y que justamente requiere de liquidadoras que hagan su trabajo, lo hagan bien y lo hagan rápido, sin necesidad de nuevos trámites administrativos innecesarios.

Dicho en otros términos, sancionando a Profesa, la Comisión cometía un acto de suicidio pues se creaba más procesos de reconocimientos de créditos (completamente innecesarios), para créditos ya reconocidos. A buena hora la Sala del Tribunal del INDECOPI vino al rescate y evitó el acto suicida. Qué bueno que le enmendó la plana a la Comisión, levantó la sanción impuesta a Profesa (que solamente hizo bien su trabajo); y dejó sentadas las bases para que de ahora en adelante, las liquidaciones puedan ir más rápido y los acreedores puedan cobrar más y mejor. La Comisión ya no será un obstáculo para ese fin.

¿Sancionando la desnaturalización o desnaturalizando las sanciones?

Daniel Cabrera Morgan
Analista invitado

Para Friedrich Nietzsche la severidad de una sanción en una sociedad está determinada muchas veces por una pulsión irracional y no por una razonable equivalencia entre la gravedad del perjuicio y el rigor de la sanción. En la actualidad, la potestad sancionadora de la Administración Pública se inspira en principios objetivos con la finalidad de disuadir o desincentivar la realización de infracciones al ordenamiento jurídico por parte de los administrados.

En ese sentido, el 20 de enero de 2008 entró en vigencia el Decreto Supremo No. 005-2008-EM que reestructuró el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros, con el objeto de proscribir, mediante severas sanciones administrativas, la desnaturalización de los servicios prestados por los contratistas mineros que subrepticiamente actúan como empresas de destaque de personal.

Las implicancias de la referida norma no sólo involucran a las hoy denominadas Empresas de Contratistas Mineras (ECM) sino como es evidente a las empresas mineras en donde las ECM prestan servicios. Por ejemplo, en caso un titular de la actividad minera contrate a una empresa no inscrita en el hoy denominado Registro de Empresas Contratistas Mineras (RECM), se hará merito a una multa equivalente a 100 UIT, sin perjuicio de las sanciones que pudieran ser aplicadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo en virtud de la Ley General de Inspección de Trabajo.

Adicionalmente, la referida norma estableció que la contratación de una empresa no inscrita en el RECM origina que los trabajadores de la misma sean imputados al titular de la concesión minera en la que aquella opera. Es decir, a pesar de existir una relación laboral válida y vigente entre la empresa no inscrita en el RECM y sus trabajadores, estos serán imputados trabajadores a plazo indeterminado del titular de la actividad minera.

Por otro lado, no menos ilustrativa es la Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN No. 528-2007-OS/CD que estableció el incremento de la sanción administrativa de 20 UIT (S/. 70,000) a 600 UIT (S/. 2´100,000) por la no presentación de la Declaración Jurada a cargo de las Unidades Supervisadas en materia de Hidrocarburos. Asimismo, por si no fuera suficiente, la citada norma incrementó la multa por presentar la referida declaración con información falsa de 30 UIT (S/. 105,000) a la insubestimable suma de 5500 UIT (S/. 19´250,000).

Las inmediatas interrogantes que surgen frente a esta situación son, entre otras: ¿cuántas empresas poseen la capacidad económica para enfrentar -y sobrevivir- a la aplicación de las mencionadas sanciones administrativas? ¿Hasta qué punto las severas sanciones administrativas pueden convertirse en insalvables obstáculos para la actividad empresarial? Finalmente ¿las sanciones comentadas respetan el principio de razonabilidad del *ius puniendi* de la Administración Pública o estarían inspiradas en alguna pulsión nietzscheana?

¿Cómo van las relaciones laborales?

Jorge Toyama Miyagusuku
Analista Laboral

Las relaciones laborales, cada vez más, se dinamizan y requieren de un análisis constante así como de una adecuación de la política laboral del Estado para cada coyuntura que se presente.

Por una serie de razones, este es un año relevante para este gobierno, es el año de las definiciones: ¿qué hacer para reducir los niveles de informalidad laboral? ¿cómo mejorar los bajos índices de protección social que gozan las personas en nuestro país? ¿qué pasará con la Ley General del Trabajo y el Régimen Laboral de las PYMES?

A lo expresado, se debe agregar el entorno social. Fruto de la elevación del nivel del conflicto social que se aprecia especialmente en las regiones, más un nuevo enfoque de los sindicatos en su estrategia de presión laboral y política que busca un mayor protagonismo y negociar directamente con el Estado al margen de las organizaciones empresariales y la elevación de las tasas de sindicalización, se espera una modificación mayor de la regulación a nivel de las negociaciones sectoriales así como las aplicables a las empresas por medio de los convenios colectivos de trabajo.

Si bien a nivel macro económico las cifras arrojan excelentes resultados para el país, en buena parte de las empresas la data laboral es opuesta: pocas personas en planillas, bajos sueldos, ínfimos niveles de productividad, reducida afiliación a la seguridad social, etc. Frente a este escenario, urge realmente un cambio radical en las relaciones laborales en el país.

Siguiendo parte de la tendencia que se aprecia en varios países de Europa, somos partidarios de una reforma pro empleo, basada en la "flexiseguridad". Ello quiere decir que se debe elevar los mecanismos de cumplimiento, fiscalización y vigilancia laboral (estamos en los niveles más bajos de cumplimiento laboral); y, de otro lado, revisar aquellos costos que generan distorsión en un mercado globalizado (estamos entre los veinte países más proteccionistas del mundo, según el Banco Mundial) y fomentar la inversión en educación, tecnología e innovación como destacó Xavier Sala-i-Martin en el CADE de Trujillo. Es urgente una reforma laboral, que busque un equilibrio en las relaciones laborales y que tenga como principal objetivo la inclusión socio laboral y el aseguramiento en el cumplimiento de las normas.

A la fecha, tanto a nivel del sector público como privado, parte de la actuación del Estado habría buscado medidas efectistas pero no necesariamente técnicas y en ciertos casos con un tinte político: topes salariales (que ha originado una "fuga de talentos"), más fiscalización laboral, tercio superior para postular al cargo de maestro público, publicidad de empresas sancionadas, etc. Estas medidas requieren de otras pero que se basen en un análisis de fondo, de un soporte técnico y planificado, de una apuesta a mediano y largo plazo.

Ojalá que el Estado, en medio de tantos TLCs, APECs, récords en PBIs y crecimiento, pueda darse cuenta que los reales problemas no están en estos hechos y datos pomposos. Dice una canción de Facundo Cabral "vuele bajo porque abajo está la verdad", y allí están los trabajadores sin beneficios ni seguros, o en planillas pero con bajos salarios.

Matrimonio con hijos: acerca de la disímil protección a la familia en la jurisprudencia del TC

Óscar Súmar Albújar
Analista invitado

En materia de protección a la familia, el TC no se pone de acuerdo consigo mismo. En la sentencia contenida en el expediente 03605-2005-AA ha rechazado una demanda que pedía ampliar los beneficios pensionarios por viudez a los concubinos; mientras que en el expediente 09332-2006-AA, ha amparado una demanda relativa a la igualdad de los hijos de uno de los cónyuges que se integran a un segundo matrimonio, respecto a los hijos biológicos de cada uno de ellos

La primera de las sentencias genera una serie de dudas respecto a la interpretación que el TC hace de la Constitución: ¿se toma en cuenta que la sociedad, cada vez más, prefiere las uniones de hecho sobre el matrimonio? ¿Se toma en cuenta la manera en la que funcionan, en la práctica, las uniones de hecho? ¿Se toma en cuenta el fundamento económico de las pensiones? ¿Cuánto influye la opción "moral" de los magistrados en esta supuesta prioridad del matrimonio civil sobre las uniones de hecho? ¿Las normas legales delimitan el contenido de la Constitución u ocurre al revés? ¿Dónde queda la preocupación social por personas de escasos recursos que se van a quedar sin ingresos regulares?

El TC basa su decisión en que: i) la Constitución preferiría al matrimonio sobre las uniones de hecho; ii) sería imposible obligar a alguien a recibir efectos no queridos si no se casa; iii) las normas pensionarias no admitían tal posibilidad; y, iv) los derechos reservados a los concubinos son de naturaleza "patrimonial", no "personal" (donde las pensiones entrarían a esta última categoría). Al respecto, diremos que: i) si bien es cierto la Constitución protege al matrimonio, también protege a la familia, tal como el mismo TC reconoce y, más aún, protege el pluralismo, y el derecho a autodeterminarse; ii) el matrimonio, según la doctrina mayoritaria, no es un *contrato*, es un *acto jurídico*, lo que significa que, típicamente, las "partes" quieren el acto en sí (*i. e.* casarse), pero no necesariamente las consecuencias del mismo, que son establecidas habitualmente por vía legislativa; iii) el TC, en diversos casos, ha pasado por alto la legislación, cuando le pareció que ésta se oponía al contenido de una institución constitucional, dándole, así, *efecto horizontal directo* a los derechos fundamentales (como muestra, un botón: "(...) la pensión completa de jubilación establecida para los trabajadores mineros que adolezcan de neumoconiosis (silicosis), importa el goce del derecho a la pensión aun cuando no se hubieran reunido los requisitos previstos legalmente" (10384-2006-AA, F. J. 11); y, iv) no entendemos esta diferencia, dado que los derechos pensionarios son derivados del trabajo, el mismo que genera los bienes que son compartidos en una sociedad de gananciales.

En el otro caso, de manera inversa, pese a que la normativa interna de un club privado excluía a los no-hijos de su membresía, el TC ha dicho que esto atenta contra la familia; y, sin dar detalles, ha dicho que los hijos dentro de *familias reconstituidas* (las formadas por matrimonios disueltos donde cada uno de los cónyuges tiene hijos propios), tienen similares derechos a los hijos biológicos o adoptados. Esto trae preguntas en relación a la extensión de dichos derechos en temas de naturaleza alimenticia, pensionaria, hereditaria, etcétera.

Creemos que la jurisprudencia del TC, en el futuro, debería tender hacia una protección más amplia a la familia, en concordancia con la segunda decisión reseñada. Además, consideramos imprescindible que tome una mayor conciencia acerca de su propia jurisprudencia, para que sus decisiones sean más coherentes.

¿Medidas de asepsia frente a los riesgos de contagio del lavado de activos?

José Reaño Peschiera
Analista invitado

«Y el leproso en quien hubiere llaga, sus vestidos serán deshechos y su cabeza descubierta, y embozado pregonará: "¡Inmundo! ¡Inmundo!". Todo el tiempo que la llaga estuviere en él, será inmundo; estará impuro: habitará solo». (Levítico 13:45, 46).

Según relata el Antiguo Testamento, las terribles consecuencias sufridas por los enfermos de lepra estaban asociadas a la idea de que se trataba de un mal del alma, cuyo fácil contagio explicaba el sentimiento de rechazo que producían quienes la padecían. Similar aprensión frente al sospechoso de haber delinquido sentirá quien se detenga a revisar las últimas modificaciones impulsadas por el Ejecutivo en materia de represión del lavado de activos.

Se prevén penas de hasta 35 años de prisión para quienes, sin haber intervenido en las actividades generadoras de ganancias ilícitas, contribuyan al ocultamiento de su origen convirtiendo éstas en otros activos, principalmente a través de transacciones bancarias, bursátiles e inmobiliarias, o simplemente entrando en posesión de tales ganancias ilícitas. Si bien la teoría de la imputación penal ofrece criterios idóneos para trazar la línea divisoria entre lo que debe reputarse una operación de lavado de activos y lo que debe considerarse una transacción comercial inocua, ello no garantiza que las autoridades perseguidoras de delito (Fiscalía y Policía) rechacen de plano las denuncias carentes de razonabilidad argumental y/o de sustento probatorio.

En la práctica, quien transfiera a título oneroso un bien a favor de una persona involucrada en actividades ilícitas, aunque éstas sean descubiertas con posterioridad a la operación, probablemente tendrá que transitar por una senda surrealista, llamada "investigación policial", cuando no que realizar un tortuoso peregrinaje judicial, en cuyo trayecto puede sufrir medidas tan drásticas como la incautación de los bienes adquiridos, sin que sea necesario esperar a la sentencia, según lo permite el Decreto Legislativo 992 que instaura la medida de "pérdida de dominio". Así las cosas, los efectos disuasivos que pretenden generarse a través de la persecución del lavado de activos tienen como costo el sometimiento a una investigación penal de quien entre en contacto con ganancias de procedencia "presumiblemente" ilícita, generándose un temor de contagio en los agentes económicos, que se traduce en la pérdida de oportunidades de negocio o en el incremento de los costos de inversión. Ello podría mitigarse, sin resentir los fines disuasivos que busca la legislación anti-blanqueo, con una disposición que estableciera la obligatoriedad de la autorización previa de la UIF-Perú para iniciar una investigación penal por lavado de activos.

Su alto grado de especialización técnica, unida a su demostrada eficiencia según estadísticas oficiales, en el 2006 reportó a la Fiscalía 39 casos de lavado de activos por un monto total US$ 551.8 millones evitaría la instauración de investigaciones policiales que no satisfacen los estándares de razonabilidad probatoria.

El mercado de biocombustibles y su regulación en el Perú

Óscar Montezuma Panez
Analista invitado

La inminente reducción de las reservas mundiales de combustibles fósiles como el petróleo o el carbón ha llevado a muchos países, desde hace varios años, a pensar en la generación y utilización de formas alternativas de energía. Frente a los elevados costos de la energía solar o eólica, y los riesgos involucrados en la generación de energía nuclear, los combustibles generados con materia orgánica o biocombustibles surgen como la opción más eficiente. Los biocombustibles no sólo son una alternativa real a la escasez de los combustibles fósiles, sino que su utilización mantiene las infraestructuras de consumo energético, tales como maquinarias y motores, intactas, lo que favorece la supervivencia de sectores económicos muy importantes para la economía mundial. Adicionalmente, han generado en los últimos años mucha expectativa en inversionistas privados que encuentran interesantes posibilidades de negocio en su explotación, lo cual, a su vez, sugiere la creación de nuevas fuentes de empleo muy necesarias en economías emergentes como la peruana.

Uno de los principales atractivos que algunos especialistas destacan a favor de la generación y explotación de biocombustibles como fuente de energía alternativa, es precisamente el menor impacto ambiental que su combustión genera en relación con la de combustibles fósiles. Sin embargo, estudios recientes desarrollados por un equipo de especialistas de la organización *Nature Conservancy* y de la reconocida revista *Science* sugieren que la producción y consumo de biocombustibles no siempre contribuirían a la disminución neta de las emisiones de gases invernadero. Dichos estudios indican que los beneficios ambientales de utilizar biocombustibles como alternativaa combustibles fósiles sólo se darían si es que las materias primas de los combustibles se producen en campos eriazos artificialmente irrigados.

Sin embargo, la discusión sobre los beneficios de cambiar la matriz energética a nivel global no sólo ha sido cuestionada desde el punto de vista del impacto ambiental que puede causar sino también en relación con el impacto social que puede generar en países como el nuestro. Según indican algunos especialistas, el uso masivo de biocombustibles puede acelerar la deforestación y terminar afectando seriamente a los agricultores que subsisten de sus tierras. Esto, debido a que la producción de biocombustibles exige la reconversión de tierras hacia cultivos que servirán como insumos para el producto final, muchas de las se encuentran en manos de pequeños y medianos agricultores. Por otro lado la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación, ha advertido que la utilización de áreas de cultivo para la fabricación de biocombustibles puede hacer que los precios de los alimentos se eleven.

¿Qué ocurre en el Perú?

En el Perú, se viene hablando mucho sobre la migración a combustibles orgánicos. Así, con la promulgación de la Ley 28054 en el año 2003, el Gobierno empezó la implementación de políticas energéticas al respecto, destinadas a promover el desarrollo del mercado de los biocombustibles como una nueva matriz energética para impulsar la evolución agropecuaria y agroindustrial, generar empleo y disminuir la contaminación ambiental. Mediante reglamentación posterior, se dictaron las bases para comercialización y distribución de los biocombustibles, y se estableció un cronograma de aplicación de los mismos que dispone su comercialización obligatoria en ciertos porcentajes del combustible a partir del 2009.

Mientras algunas estimaciones señalan que nuestro país podría exportar cerca de US$1,000 millones anuales en biocombustibles y acaba de inaugurarse la primera planta procesadora y distribuidora de biodiesel a nivel industrial en el Perú que contó con una inversión de 25 millones de dólares, surge la pregunta cómo regular este nuevo mercado. Recientemente, representantes de los países del G-8 junto a los de las economías emergentes de China, India, México, Brasil y Sudáfrica reunidos en el foro GLOBE fracasaron en su intento por lanzar una iniciativa de regulación y producción en masa de biocombustibles dado que el debate entre ambientalistas e industriales sobre su eficiencia ambiental aún continúa abierto. Visto el panorama, solo le queda a nuestro país optar por la regulación menos intrusiva que no ahuyente la inversión pero que a su vez resguarde adecuadamente los intereses colectivos. Nos guste o no, la carrera de los biocombustibles ha empezado y aún hay muchos temas en la agenda pendientes por resolver.

Derecho de gracia presidencial y control de constitucionalidad

| Giovanni Priori Posada

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha expedido una sentencia en el expediente No. 4053-2007-HC en el que establece las funciones y los límites del derecho de gracia en un Estado democrático y constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que, si bien es cierto, el artículo 118 de la Constitución confiere al Presidente de la República la potestad de conceder el derecho de gracia, este debe ser ejercido en concordancia con el fin constitucional que tiene la función preventiva general de las penas. En efecto, el mencionado órgano jurisdiccional establece que el fundamento constitucional de la función preventiva general de las penas consiste en *"(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)"* (artículo 44º de la Constitución) y en el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución) en su dimensión objetiva.

Para tal efecto, el Tribunal Constitucional recuerda su criterio esgrimido en la sentencia No. 019-2005-PI en el sentido de que: "(...) ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer 'a toda costa' la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. (...) En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho".

A partir de esos criterios, el Tribunal Constitucional señala que el derecho de gracia presidencial tiene límites tanto formales como materiales.

Los límites formales están configurados por los requisitos expresamente establecidos en el artículo 118 inciso 21 de la Constitución, esto es: 1) que se trate de procesados, no de condenados; 2) que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; y 3) la necesidad de refrendo ministerial (este último requisito se encuentra consagrado en el artículo 120 de la Constitución).

En cuanto a los límites materiales, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho de gracia presidencial debe proteger: 1) el fundamento constitucional de los fines preventivos especiales de las penas establecido en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución, que señala que el régimen penitenciario tiene el por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; 2) el fundamento constitucional de los fines preventivos generales que ya ha sido mencionado en el presente comentario; 3) la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales; y 4) el respeto al principio-derecho a la igualdad, de modo que, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, "será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado". Enfatizando más el límite relativo al derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional señala que: "la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial. Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger".

Bajo la Lupa

Sólo para fumadores: la regulación municipal del tabaco

| Ronnie Farfán Sousa
Alumno de la Facultad de Derecho de la PUCP

A fines del año pasado, la Municipalidad de San Isidro expidió la Ordenanza No. 219-MSI, norma que establece el "Régimen Municipal de Protección y Control de Tabaco en el Distrito de San Isidro". Atendiendo a los daños a la salud que puede causar el tabaco, la mayoría de países busca reprimir su consumo a través de diferentes medidas como la imposición de regímenes tributarios especiales o de advertencias publicitarias en su propia comercialización. No obstante, no cabe duda de que todas estas medidas no se encuentran exentas de cumplir con las reglas establecidas por nuestro ordenamiento.

Uno de los problemas de esta ordenanza radica en que, una vez más, la autoridad local olvidó que no tiene competencia para regular determinada materia. En nuestro ordenamiento las competencias de los gobiernos locales y regionales deben estar expresamente establecidas en normas de rango legal. Asimismo, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional la distribución de competencias se rige por el principio de taxatividad, es decir, aquellas competencias que no hayan sido atribuidas expresamente a los gobiernos locales o regionales se entenderán propias del gobierno nacional.

En nuestro ordenamiento, ninguna norma otorga competencias a los gobiernos locales para regular la comercialización, consumo o publicidad del tabaco, razón por la cual la referida ordenanza vulnera el principio de competencia.

Sin embargo, además de esta "falla de fábrica", existen otros desaciertos. De acuerdo con nuestro sistema de fuentes del Derecho, las ordenanzas deben sujetarse a lo dispuesto por la legislación nacional. Es decir, si bien éstas ostentan rango de ley, no pueden modificar ni exceder lo dispuesto por la normativa nacional en determinada materia. En este caso, la ordenanza bajo comentario se excede en muchos aspectos en relación a lo dispuesto por la norma nacional (Ley 28705): establece nuevas restricciones a la comercialización de tabaco, aumenta los lugares en los que se prohíbe realizar publicidad del mismo, así como aquellos en los que se prohíbe fumar.

Quizás el más importante de los excesos de la referida ordenanza sea la exigencia de una autorización previa que deberán solicitar ante la municipalidad los propietarios de lugares de entretenimiento para contar con una zona de fumadores.

Una disposición como esta dejar ver los innecesarios obstáculos que establecen las municipalidades a la actividad económica de los particulares. Un Estado que busca ser competitivo debe tener como regla el establecimiento de controles posteriores y como excepción, la autorización previa. Es necesario obligar al funcionario municipal a pararse del asiento y obligarlo a fiscalizar constantemente, en lugar de establecer controles previos que sólo a él le resultan más cómodos.

¿De qué sirve la suscripción de un TLC con los Estados Unidos si desde dentro no existe un interés definido de convertirse en un país competitivo? En la carrera por ser un país competitivo no hay nada peor que "autolesionarse".